Erläuterung des § 770 BGB.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

der Juristenfakultät der Universität Rostock in Mecklenburg

vorgelegt von

Ernst A. Oettel

in Jena.

Borna-Leipzig

Buchdruckerei Robert Noske

1911.

Referent: Professor Dr. Matthiaß

Fräulein A. Schoenfeld in Jena

gewidmet.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41553620_0083

Inhaltsverzeichnis.

Seite

I. Einleitung 1

II. Entstehung des § 770 4

1. Rechtliche Natur von Anfechtung und Aufrechnung 4

2. Folgen des Unterschiedes 15

III. Rechtliche Natur des Leistungsverweigerungsrechts . . . 18

IV. Auslegung des § 770 27

1. Des Abs. 1 27

2. Des Abs. 2 32

V. Anwendung des § 770 41

1. Leistung des Bürgen in Unkenntnis der Einrede aus § 770 41

2. Verzicht des Bürgen auf die Einrede 45

3. Verzicht des Hauptschuldners auf die Anfechtung . 48

4. Verzicht des Gläubigers auf die Aufrechnung 50

VI. Praktischer Wert des § 770 53

Literaturverzeichnis.

Bucerius, Erörterung der Begriffe exceptio, Einrede, Einwendung. Göttinger Preisschrift.

Bruck, Die Bedeutung der Anfechtbarkeit für Dritte. In Studien zur Erläuterung des Bürgerlichen Gesetzbuchs 1900 Heft 2.

Cosack, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 1 4. Aufl. 1903, Bd. 1 1. Aufl. 1897.

Crome, System des bürgerlichen Rechts. Bd. 2. 1902.

Dernburg, Geschichte und Theorie der Kompensation. 1868.

Dernburg, Das bürgerliche Recht. Bd. 2. 1901.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 1. 1903.

Enneccerus, Das bürgerliche Recht. 1910.

Entscheidungen des Reichsgerichts Bd. 6, 7, 59, 62, 66.

Fischer (in Bekker und Fischer), Beiträge zur Erläuterung und Beurteilung des Entwurfes eines Bürgerlichen Gesetzbuchs. Heft 6. 1898.

Friedenthal, Einwendung und Einrede. 1898.

Friedenthal in Juristischer Wochenschrift 1908 S. 132 f.

Hellwig, Anspruch und Klagrecht. In Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß 1900 Bd. 5.

Hellwig, Die Verträge auf Leistung an Dritte. 1899.

Hölder, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 1900.

Hölder im Recht Bd. 4 S. 163 ff.

Hölder in der Zeitschrift für die zivilistische Praxis Bd. 29 S. 74 ff.

Kipp, Rechtswahrnehmung und Reurecht. In der Festgabe der Juristischen Gesellschaft für Koch 1903 S. 110 ff.

Kohler, Die Aufrechnung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. In der Zeitschrift für zivilistische Praxis und Zivilprozeß Bd. 24 S. 1 ff.

Kommentar der Reichsgerichtsräte zum Bürgerlichen Gesetzbuch.

Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 1899.

Langheineken, Anspruch und Einrede nach dem deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch. 1903.

Lenel, Ursprung und Wirkung der Exzeption.

Leonhard, Die Aufrechnung. 1895.

Liebknecht, Vorbehaltszahlung und Eventualaufrechnung. 1899.

Lippmann, Rückwirkung und Rechtsgeschäft der Aufrechnungserklärung. In Jherings Jahrbüchern Bd. 43 S. 436 ff.

Matthiaß, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 5. Aufl. 1910.

Mantey in Gruchots Beiträgen Bd. 50 S. 542 ff.

Neumann, Jahrbuch des Deutschen Reichs. 1910.

Oertmann, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Recht der Schuldverhältnisse. 2. Aufl. 1899, 3. Aufl. 1910.

Planck, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Recht der Schuldverhältnisse. 2. Aufl. 1900, 3. Aufl. 1907.

Rappaport, Die Einrede aus dem fremden Rechtsverhältnis. 1904.

Reichel, Schuldmitübernahme. 1909.

Schulz in Gruchots Beiträgen Bd. 50 S. 269 ff.

Siber, Kompensation und Aufrechnung. 1899.

Sohm, Institutionen des römischen Rechts. 1908.

Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 6. Aufl. 1910.

Thon, Rechtsnorm und subjektives Recht. 1878.

Thon, Die rechtsverfolgende Einrede. In Jherings Jahrbüchern Bd. 28.

Weismann, Die Aufrechnung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. In der Zeitschrift für zivilistische Praxis Bd. 26 S. 1 ff.

Westerkamp, Bürgschaft und Schuldbeitritt. 1908.
Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts. 1906.
Zitelmann, Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Allgem. Teil. 1900.
Zitelmann, Internationales Privatrecht. Bd. 2. 1898.

Göring, Erläuterung des § 770 BGB. Diss. Jena 1905.
Zieger, Erläuterung des § 770 BGB. Diss. Jena 1905.

I. Einleitung.

Bürgschaft ist ein Vertrag, wonach ein Dritter, der Bürge, mit seiner eigenen Persönlichkeit in eine fremde Verbindlichkeit als Nebenschuldner mit eintritt, und zwar war in ältester Zeit der Bürge der allein Haftende. Später wurde er zu einem korreal Mithaftenden, bis er schließlich in die gleiche Linie mit dem Hauptschuldner trat und zu einem nebenschuldnerisch, akzessorisch Haftenden wurde; der Gläubiger konnte sich nach seiner Wahl an den Hauptschuldner oder auch sofort an den Bürgen halten. Die Stellung des Bürgen war also noch eine sehr wenig günstige, er haftete für eine ihm materiell vollkommen fremde Schuld, doch trat er, da der Vertrag zwischen ihm und dem Gläubiger ohne Wissen und Mitwirkung, ja sogar gegen den Willen des Hauptschuldners abgeschlossen werden konnte, zu diesem in keine näheren Beziehungen. Allerdings war seine Haftung eine streng akzessorische, die Hauptschuld allein war maßgebend für den Umfang der Bürgenverpflichtung, und hieraus ergab sich ihm eine Reihe von Schutzmitteln, doch empfand man seine Stellung noch als ungewöhnlich hart und suchte sie auf jede Weise zu erleichtern. So gab Hadrian mehreren Mitbürgern ein

beneficium divisionis, wonach der Gläubiger seine Forderung auf die solventen und präsenten Bürgen verteilen mußte, der Bürge erhielt ferner ein beneficium cedendarum actionum, er brauchte nur dann den Gläubiger zu befriedigen, wenn ihm dieser seine Forderung gegen den Hauptschuldner abtrat. Justinian schließlich gab ihm durch die Novelle 4 ein beneficium excussionis, wonach der Bürge nur bei Versagen des Hauptschuldners zur Leistung herangezogen werden konnte. Auf demselben humanen Standpunkt steht das Bürgerliche Gesetzbuch. Es hat das beneficium excussionis als Einrede der Vorausklage in § 771 aufgenommen und so das Prinzip der Subsidiarität vollkommen anerkannt. Dem beneficium cedendarum actionum trägt § 774 Rechnung, an Stelle des Rechtes, Abtretung der Forderung zu verlangen, geht hier das Forderungsrecht des Gläubigers kraft Gesetzes ohne weiteres mit Befriedigung auf den Bürgen über, das beneficium divisionis hat das Bürgerliche Gesetzbuch beseitigt; nach § 769 haften mehrere Bürgen als Gesamtschuldner. Selbstverständlich erkennt das Bürgerliche Gesetzbuch als oberstes Prinzip das der Akzessorietät an, nach § 767 Abs. 1 ist für den Umfang der Haftung des Bürgen der jeweilige Bestand der Forderung maßgebend. Der Bürge muß aufkommen für alle Veränderungen der Hauptschuld durch Verzug oder Verschulden des Hauptschuldners (§ 767 Abs. 1 Satz 2), für die dem Gläubiger vom Hauptschuldner zu ersetzenden Kosten der Kündigung und Rechtsverfolgung (§ 767

Abs. 2). Andererseits stehen ihm aus diesem Prinzip heraus auch die dem Hauptschuldner zustehenden Einwendungen wie Einreden[1]) zu Gebote, er kann alle rechtsvernichtenden und rechtshindernden Tatsachen geltend machen, er hat alle, auch dem Hauptschuldner nur für seine Person zustehenden Einreden (Erlaß, Stundung), er hat die Einrede der Verjährung aus der Person des Hauptschuldners selbst dann, wenn sie gegen ihn persönlich unterbrochen ist. Verzicht des Hauptschuldners auf eine Einrede entzieht diese dem Bürgen nicht (§ 768 Abs. 2). Neben diesen aus der Person des Hauptschuldners stammenden Einreden kann der Bürge auch seine höchstpersönlichen Einreden geltend machen, wo diese aber alle nicht ausreichen, der Bürge doch trotzdem eines Schutzes bedarf, da hat das Gesetz mit positiven Bestimmungen eingegriffen und ihm aus seiner Bürgeneigenschaft heraus noch eigene Rechte gegeben, so die obenerwähnte Einrede der Vorausklage und das Leistungsverweigerungsrecht des § 770:

„Der Bürge kann die Befriedigung des Gläubigers verweigern, solange dem Hauptschuldner das Recht zusteht, das seiner Verbindlichkeit zugrunde liegende Rechtsgeschäft anzufechten.

Die gleiche Befugnis hat der Bürge, solange sich der Gläubiger durch Aufrechnung gegen eine fällige Forderung des Hauptschuldners befriedigen kann".

---

[1]) Ausnahme BGB. § 768 Abs. 1 Satz 2 und KO. § 193.

II. Entstehung des § 770.

1. Rechtliche Natur von Anfechtung und Aufrechnung.

Das Gesetz kennt zwei Arten von fehlerhaften Rechtsgeschäften: nichtige Rechtsgeschäfte, bei denen der Mangel ein so intensiver ist, daß er absolut, allseitig wirkt, daß die Rechtsgeschäfte die normalen Wirkungen überhaupt nicht äußern können,[1]) und ferner anfechtbare Rechtsgeschäfte, bei denen dieser Mangel weniger stark ist, und ein solches bildet die Grundlage für das Leistungsverweigerungsrecht aus § 770 Abs. 1. Das der Hauptverbindlichkeit zugrunde liegende Rechtsgeschäft ist anfechtbar, somit ist auch die Hauptverbindlichkeit und infolge ihrer akzessorischen Natur auch die Bürgschaft fehlerhaft; der Bürge hat bis zur Erledigung dieses Mangels das Recht, seine Leistung zurückzuhalten.

Die anfechtbaren Rechtsgeschäfte sind zwar gültig vorhanden, die Anfechtungsmöglichkeit übt auf sie bis zur erfolgten Anfechtung noch keine Wirkung aus,[2]) die Beteiligten sind bereits an dieselben gebunden, doch stehen sie „unter einer auflösenden Gesetzesbedingung“,[3]) d. h. auf Grund des Mangels,[4]) an dem sie laborieren,

[1]) Matthiaß S. 120; vgl. Mot. Bd. 1 S. 217.

[2]) Ausnahme § 770 Abs. 1.

[3]) Mot. Bd. 1 S. 219.

[4]) Anfechtungsgründe sind: 1. Irrtum (§ 119), 2. arglistige Täuschung (§ 123), 3. widerrechtliche Drohung (§ 123) und 4. unrichtige Übermittlung (§ 120).

liegt eine Reaktionsmöglichkeit vor, die Anfechtbarkeit gibt einer bestimmten Person, dem Anfechtungsberechtigten,[1]) ein Recht, das in der Anfechtung geltend gemacht wird. Wird von diesem Recht innerhalb der gesetzlich bestimmten Fristen — eine Verjährung ist hier nicht denkbar, da das Gesetz nur eine Anspruchsverjährung kennt, die Anfechtung aber kein Anspruch ist[2]) — mit Erfolg Gebrauch gemacht, so wird das Rechtsgeschäft mit rückwirkender Kraft vernichtet, d. h. der frühere Zustand wird wiederhergestellt; „es wird hinsichtlich der gewollten rechtlichen Wirkungen so angesehen, als ob es nicht vorgenommen worden wäre“,[3]) alle inzwischen getroffenen Verfügungen werden rückgängig (Fiktion der Rückwirkung, § 142 BGB.). An dieser auch vom Gesetz sanktionierten Fiktion der Rückwirkung hat man, da sie etwas Gewaltsames enthält, Anstoß genommen, man wollte den Zustand des Rechtsgeschäftes vor der Anfechtungserklärung nicht als vollgültig gelten lassen, sondern ihn durch die Möglichkeit späterer Reaktion schon vorher als tangiert ansehen, es sollte ein Schwebezustand, ein Pendenzverhältnis, vorliegen. Endemann[4]) normiert dies am deutlichsten.

---

[1]) Anfechtungsberechtigt ist der durch den Anfechtungsgrund in seinen Interessen Verletzte, zu dessen Schutz die Anfechtung zulässig ist, der durch Irrtum Geschädigte, Getäuschte, Bedrohte.

[2]) Mot. Bd. 2 S. 221.

[3]) Mot. Bd. 6 S. 219.

[4]) Endemann S. 371.

„Solange der Mangel nicht geltend gemacht wird, befindet sich das Rechtsgeschäft in der Schwebe, es ist weder gültig noch nichtig, es ist eben ‚anfechtbar', ein vom Gesetz geschaffener terminus technicus."[1])

Näher auf diese Streitfrage einzugehen würde uns hier zu weit führen; wir müssen zwar anerkennen, daß diese Ansicht viel für sich hat, doch sagen Gesetz und Motive[2]) so deutlich, daß die Anfechtbarkeit als solche auf die Forderung keine Wirkung ausübt, daß wir, zumal ein Abweichen nicht dringend erforderlich erscheint, an diesem Resultat festhalten müssen. Somit fällt auch die hauptsächlich von Hellwig,[3]) Bucerius[4]) und folgerichtig auch von Endemann aufgestellte Behauptung, aus der Anfechtbarkeit eine Einrede konstruieren zu wollen. Hellwig kommt zu seinem Resultat dadurch, daß er in jeder peremtorischen Einrede ein Anspruchvernichtungsrecht sieht, danach ist ihm die peremtorische Einrede ein Anfechtungsrecht, und umgekehrt. Wir werden auf diese Ansicht unten[5]) näher eingehen und sie als nicht zutreffend zurückweisen. Bucerius glaubt seine Ansicht dadurch beweisen zu können, daß dem Bürgen bei Verzicht des Hauptschuldners auf die Anfechtung nach Eingehung der Bürgschaft eine

[1]) vgl. auch Rehbein Bd. 1 S. 198.

[2]) Mot. Bd. 1 S. 219.

[3]) Hellwig, Anspruch S. 9ff., Verträge S. 293ff.

[4]) Bucerius S. 116ff.

[5]) S. 22.

Einrede erhalten bleibt, doch verwechselt er zwei in ihrem Wesen vollkommen verschiedene Einreden, die Einrede aus § 770 Abs. 1 und die Einrede aus unerlaubter Handlung aus § 853. Auf alle übrigen Beweise (Wortlaut des § 2083 BGB. usw.) näher einzugehen, würde uns hier zu weit führen. Es erscheint auch überflüssig, denn klar und deutlich beweist die Natur des Anfechtungsrechtes der Gegensatz der §§ 768 Abs. 1 und 770. § 768 gibt dem Bürgen alle dem Hauptschuldner zustehenden Einreden, „der Bürge kann die dem Hauptschuldner zustehenden Einreden geltend machen", § 770 gibt dem Bürgen die Einrede, solange dem Hauptschuldner eine Anfechtungsmöglichkeit zusteht. Wäre nun die Anfechtung eine Einrede, so müßte sie auch aus § 768 auf den Bürgen übergehen, da aber § 770 ausdrücklich geschaffen worden ist, so beweist er, daß die Anfechtung keine Einrede ist, da er sonst überflüssig wäre. Hellwig muß auch anerkennen, daß man durch argumentum e contrario auf diese Weise folgerichtig zu einem Leugnen der Einredenatur der Anfechtung kommt; da dies Resultat jedoch mit der von ihm vertretenen Ansicht nicht übereinstimmt, so sucht er um diese Klippe herumzukommen, indem er darauf verweist, das Gesetz enthielte auch überflüssige Sätze, und dies sei auch mit § 770 Abs. 1 der Fall. Wolle man diese alle zu einem argumentum e contrario benutzen, so käme man häufig zu einem falschen Resultat, eine Ansicht, die wir im allgemeinen als richtig anerkennen müssen, die jedoch

in diesem Fall allein uns von seiner Behauptung nicht überzeugen kann. Die Anfechtung ist vielmehr ein Rechtsgeschäft, sie wird geltend gemacht durch Willenserklärung des Anfechtungsberechtigten gegenüber dem Anfechtungsgegner. Das Gesetz hat die Entwicklung, die sie im Laufe der Zeiten durchgemacht hat, erkannt und anerkannt, indem es den letzten Schluß gesetzlich sanktionierte. Das Bestreben des Gesetzes geht auf möglichste Vereinfachung und Klarlegung der einzelnen Normen, die bei der Anfechtung dahin gegangen ist, die verschiedenartige Geltendmachung der Anfechtung als Verteidigungs- und als Angriffsmittel, die noch das gemeine Recht kannte, fallen zu lassen[1]) und an Stelle der beiden verschiedenen Möglichkeiten ein einheitliches Institut zu setzen, das den Anforderungen beider genügt, und das ist die formlose, den Anfechtenden bindende, einseitige Willenserklärung. Will der Hauptschuldner von seinem Anfechtungsrecht Gebrauch machen, so erklärt er einfach seinem Anfechtungsgegner gegenüber: „Ich fechte an". In diesem Augenblick erlischt die Verbindlichkeit mit rückwirkender Kraft. Soll er andererseits vom Gläubiger in Anspruch genommen werden, so erklärt er gleichfalls seinen Willen dahin, anfechten zu wollen; es erlöscht auch in diesem Fall der Anspruch,

[1]) Bucerius (S. 115) sieht hingegen in der Einrede nur ein Verteidigungsmittel, allerdings zur Vorbereitung eines Angriffes der Bereicherungsklage aus § 813. und zwar folgerichtig deshalb, weil ihm die Anfechtung eine Einrede ist.

eine Leistungsverweigerung ist bei der radikalen Wirkung der einseitigen Willenserklärung überflüssig, ja undenkbar. Hat man die Möglichkeit, auf einfache Weise den Anspruch zum Erlöschen zu bringen, warum sollte man sich dann nur auf ein Leistungsverweigerungsrecht berufen, das den Nachteil hat, eine unsichere Rechtslage hervorzurufen? Wir erkennen auch hier wieder, daß es unmöglich ist, in der Anfechtung eine Einrede erkennen zu wollen.

Der Abs. 2 des § 770 gibt dem Bürgen das gleiche Leistungsverweigerungsrecht, solange sich der Gläubiger durch Aufrechnung gegen eine fällige Forderung des Hauptschuldners befriedigen kann, und zwar handelt es sich hier nicht um einen Kompensationsvertrag,[1]) sondern um das in §§ 387 ff. BGB. geregelte, gesetzliche, einseitige Aufrechnungsrecht, dessen Wesen darin besteht, daß die Forderung durch einseitigen, auch ohne Zustimmung des Hauptschuldners vollgültigen Akt gegen eine fällige Gegenforderung des Hauptschuldners durch den Gläubiger aufgerechnet werden kann (§ 387). Entsteht die Aufrechnungslage, d. h. treten sich die beiden Forderungen aufrechenbar gegenüber, wird aber eine Aufrechnungserklärung nicht abgegeben, so stehen die beiden Forderungen „unabhängig und unbeeinflußt voneinander“ nebeneinander,[2])[3]) ohne eine Wirkung auf-

[1]) Mot. Bd. 2 S. 104 und RGE. Bd. 6 S. 255.

[2]) Mot. Bd. 2 S. 109.

[3]) Ausnahme § 770 Abs. 2.

einander zu äußern. Die Aufrechnung selbst wird vollzogen durch einseitige, formlose, unbedingte[1]) und unbefristete Willenserklärung des aufrechnenden Gläubigers an den Hauptschuldner (sie ist also ein Rechtsgeschäft), die zur Folge hat, daß durch sie die Forderung in der Höhe der minderen Forderung als in dem Moment getilgt betrachtet werden muß, in dem sie sich aufrechenbar gegenübertraten[2]) (§ 389 BGB.).

Auch hier wendet sich trotz der Sanktion des Gesetzes die Wissenschaft wie bei der Anfechtung gegen die Fiktion der Rückwirkung; sie will das unbeeinflußte Gegenüberstehen der Forderungen nicht anerkennen und auch hier wieder einen Schwebezustand,[3]) eine durch die Koexistenz der Forderungen suspensiv bedingte Tilgung konstruieren. Kohler nennt es eine Situation der Vinkulierung.[4]) Und genau wie bei der Anfechtung hat man auch in der Aufrechnung eine Einrede erblicken wollen.[5]) Und dies scheint um so mehr berechtigt, als schon die Motive anerkannt haben,[6])

---

[1]) Eventualaufrechnung ist keine bedingte Aufrechnung. Mot. Bd. 1 S. 108.

[2]) Gezahlte Zinsen, Vertragsstrafen können kondiziert werden; Folgen der bisherigen Nichtleistung des Verzugs, Kündigung verlieren ihre Wirkung (Siber S. 125; Windscheid-Kipp S. 478).

[3]) Crome S. 229; Endemann S. 824; Liebknecht S. 108.

[4]) Kohler in der Zeitschr. f. Zivilprozeß Bd. 24 S. 32.

[5]) Lippmann S. 437ff.; Bucerius S. 122ff.

[6]) Mot. Bd. 2 S. 109.

„daß mit der Aufstellung der Fiktionstheorie vollkommen klares Recht nicht geschaffen und alle Schwierigkeiten nicht beseitigt sind, denn nicht ohne Grund könne gesagt werden, daß mit der Aufstellung der Theorie der rückwirkenden Kraft im wesentlichen doch anerkannt sei, daß schon von dem Zeitpunkt an, in dem sich die Forderungen kompensationsfähig gegenübertraten, die eine von der anderen beeinflußt sei". Es ist ferner nicht zu leugnen, daß diese Theorie manchen praktischen Vorteil haben dürfte, so fiele z. B. eine Kondizierung der Zinsen und Vertragsstrafen weg, doch ist eine Einigung bis jetzt noch nicht erzielt worden, wir müssen daher, zumal sich ein Abweichen von der gesetzlichen Bestimmung nicht als durchaus erforderlich hinstellt,[1]) an der Auffassung des Gesetzes festhalten.

Den unmittelbaren Anlaß zu der gegnerischen Auffassung hat in erster Linie die unklare Fassung der Protokolle[2]) gegeben. Diese sagen: „Wenn gesagt sei, daß man auch den Charakter der Aufrechnung geändert habe, so sei dies zwar richtig, aber die im wesentlichen theoretische Konstruktion der Aufrechnung dürfte nicht zu einer Änderung des materiellen Rechtes führen".

Von hier aus kommen Lippmann und Bucerius zu einem Verneinen der Rechtsgeschäftlichkeit und infolgedessen zu all den Resultaten, die wir durchgehends als unrichtig zurückweisen müssen.

---

[1]) Windscheid-Kipp S. 477.

[2]) Prot. Bd. 2 S. 471.

Diese Ansicht der Protokolle ist m. E. äußerst bedenklich. Erkennen wir sie an, so müssen wir in der Aufrechnung eine Einrede erblicken und kommen zu Lippmanns Resultaten; wir müssen den § 770 Abs. 2, da schon in § 768 enthalten, für überflüssig erkennen, denn eine andere Erklärung desselben ist nicht möglich. M. E. ist jedoch die Richtigkeit der Äußerung der Protokolle zu verneinen. Welchen Zweck sollte denn sonst die Theorie haben, als klares Erkennen eines Umstandes und seine Anwendung und somit Verbesserung des materiellen Rechtes? Wenn dies nicht der Fall wäre, so müßte man ihre Existenz als überflüssig und nur auf Spitzfindigkeiten ausgehend verneinen. Gerade der § 770 beweist m. E. den Zweck und Nutzen der Theorie, Erkennen und Nutzanwendung, er zieht den Schluß aus den theoretischen Erkenntnissen, Theorie und materielles Recht stimmen in diesem Fall genau überein; die Theorie erkennt, daß infolge der steten Weiterentwicklung des Rechtes Aufrechnung keine Einrede mehr ist, sondern sich in ein Rechtsgeschäft umgewandelt hat, durch welches das Aufrechnungsrecht ausgeübt wird, welches aus der Aufrechnungslage entsteht, und das materielle Recht zieht die Folgen daraus, indem es die Änderung anerkennt und durch § 770 die daraus entstehenden Ungerechtigkeiten beseitigt. Wir können also trotz der Protokolle behaupten, daß in diesem Fall Theorie und materielles Recht harmonieren. Die Aufrechnung erfolgt durch einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung,

sie ist also wie die Anfechtung ein Rechtsgeschäft, ihre gleiche Behandlung in § 770 ist in dieser Beziehung vollkommen gerechtfertigt.[1]) Auf die anderen zum Gegenbeweis vorgebrachten Tatsachen näher einzugehen, würde uns hier zu weit führen,[2]) einen schlagenden Beweis liefert auch hier der Gegensatz zwischen §§ 770 u. 768.

Die Aufrechnungslage bedarf zu ihrer Gültigkeit einer Reihe von Voraussetzungen. In erster Linie müssen die Forderungen gegenseitige sein,[3]) d. h. der Gläubiger muß gegen den Schuldner und umgekehrt der Schuldner gegen den Gläubiger eine Forderung haben, sie müssen ferner in betreff ihres Leistungsgegenstandes gleichartig sein, beide Forderungen müssen wenigstens zur Zeit der Aufrechnungserklärung auf gleichartige Forderungen gehen, denn der Gläubiger hat das Recht, eine bestimmte Sache zu fordern, und da braucht er sich nicht durch Leistung einer beliebigen anderen befriedigen zu lassen.[4]) Schließlich muß die Gegenforderung noch vollgültig und fällig sein. Ist die Gegenforderung durch eine Einrede entkräftet, so kann sie zur Aufrechnung nicht benutzt werden, denn sonst würde diese ihren Zweck verfehlen. Fällig muß die Gegenforderung sein, weil der Schuldner

---

[1]) Wenn auch, wie wir später erkennen werden, ihre Zusammenfassung in einen Paragraph eine sehr wenig glückliche ist.

[2]) Lippmann S. 470; ders. M. Siber S. 129; Windscheid-Kipp S. 476; Friedenthal S. 61.

[3]) Mot. Bd. 2 S. 104; Näheres Siber S. 83ff.

[4]) Crome S. 292.

nach § 281 vor Fälligkeit der Schuld im Zweifel zu einer Leistung berechtigt ist, er sich also auch durch Aufrechnung von derselben befreien können soll, wenn dies seinem Interesse entspricht, während andererseits der Gläubiger vor Fälligwerden der Forderung eine Zahlung nicht verlangen darf; er kann nur aufrechnen, sofern er die ihm gebührende Leistung verlangen kann (§ 387).

Geltend gemacht wird, wie wir schon erwähnt haben, die Aufrechnung durch einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung, die gerichtlich oder außergerichtlich zum Angriff oder zur Verteidigung abgegebene Erklärung „ich rechne auf" bringt ohne weiteres die Gegenforderung mit rückwirkender Kraft zum Erlöschen, einer Vollzugshandlung bedarf es nicht.

Im gemeinen Recht war hingegen die Konstruktion von Aufrechnung und Anfechtung noch eine wesentlich andere, hier findet noch eine scharfe Unterscheidung von Geltendmachung als Angriff oder Verteidigung statt. Wollte bei einem anfechtbaren Rechtsgeschäft der Schuldner sich gegen den Bestand des Anspruchs wenden, so brachte er durch seine Erklärung: er fechte an denselben nicht unmittelbar zum Erlöschen, er mußte vielmehr diese Erklärung in einem Prozeß als Antrag vorbringen, wonach durch den Richter die Aufhebung durch Urteil erfolgte. Sollte aber der Schuldner aus einem solchen Rechtsgeschäft in Anspruch genommen werden, so bedurfte er, da seine einseitige Anfechtungserklärung keine Wirkung ausübte, eines besonderen Schutzmittels, und

das war die Einrede; er konnte dem Begehren des Gläubigers entgegensetzen: ich bin berechtigt, die Leistung zu verweigern, und somit die Forderung so lange wirkungslos machen, bis über die Berechtigung zur Anfechtung rechtlich entschieden war.

Ähnlich war das Verhältnis bei der Aufrechnung. Die Aufrechnung selbst erfolgte auf Grund eines Vertrages, eine einseitige Erklärung des aufrechnenden Teils übte an sich keine Wirkung aus, sie bedurfte der Annahme des anderen Teils. Daraus folgt wiederum, daß, wenn der Schuldner aus einer aufrechenbaren Forderung in Anspruch genommen werden sollte, er ein eigenes Verteidigungsmittel haben mußte, ein Leistungsverweigerungsrecht.

2. Folgen des Unterschiedes.

Anfechtung und Aufrechnung waren also im gemeinen Recht noch Einreden. Da aber Einreden nicht höchstpersönlich sind und infolge der akzessorischen Natur der Bürgschaft dem Bürgen die Einreden des Hauptschuldners zu Gebote stehen, konnte der vom Gläubiger aus einem anfecht- oder aufrechenbaren Rechtsgeschäft in Anspruch genommene Bürge diesem mit Erfolg ein Leistungsverweigerungsrecht entgegensetzen. Dies änderte sich jedoch damit, daß das Bürgerliche Gesetzbuch, der Praxis des neueren Rechtes folgend, die

Anfechtung und Aufrechnung durch einseitige Willenserklärung vornehmen ließ. Somit verschwand die Einredenatur und mit dieser auch für den Bürgen das Leistungsverweigerungsrecht. Die Anfechtung und Aufrechnung selbst konnte der Bürge andererseits auch nicht ausüben, da diese Rechtsgeschäfte sind. Rechtsgeschäft ist eine Privatwillenserklärung, die auf Hervorbringung eines rechtlichen Erfolges gerichtet ist, welcher nach der Rechtsordnung deswegen eintritt, weil er gewollt ist;[1]) sie ist also ein Willensakt, der als solcher höchstpersönlich ist,[2]) daher nur von einer bestimmten Person ausgeübt werden kann.[3]) Wenn daher der Bürge die Anfechtung oder Aufrechnung selbst vornähme, so würde er über fremdes Vermögen verfügen, denn sowenig er mit dem Geld des Hauptschuldners ohne dessen Willen den Gläubiger befriedigen kann, sowenig kann er auch mit einer diesem zustehenden Forderung eine Gegenforderung zum Erlöschen bringen.[4]) Die Motive erkennen dies konsequent an:

„Wenn der Hauptschuldner eine Einwendung gegen eine Forderung durch einen Willensakt zu erzeugen in

[1]) Mot. Bd. 1 S. 126.

[2]) Komm. der RGRäte zu § 770; RGE. Bd. 7 S. 245, Bd. 59 S. 207.

[3]) And. M. Leonhard S. 146; er will dem Bürgen ein Aufrechnungsrecht, obgleich er die Rechtsgeschäftlichkeit anerkennt, zugestehen, wie dies das Vorhandensein des § 770 beweise, er verkennt also die Natur der Einrede vollkommen.

[4]) Mot. Bd. 2 S. 663.

der Lage ist, wie bei Anfechtung und Kompensation, so ist der Bürge weder befugt, jenen Willensakt an Stelle des Schuldners vorzunehmen, noch sich auf die Anfechtbarkeit oder Kompensabilität vor Abgabe der entscheidenden Erklärung des Schuldners zu berufen. Dies ergibt sich unmittelbar aus den einschlagenden Vorschriften“ (§§ 112, 113, 281, 282).

Dies Ergebnis widersprach aber sowohl dem bisherigen Recht wie auch der Billigkeit, denn es mußte unter Umständen der Bürge, da ihm kein Zwangsmittel zustand, den Hauptschuldner oder Gläubiger zum Gebrauch seines Anfechtungs- oder Aufrechnungsrechtes zu bringen, bar leisten, während sich der Hauptschuldner von seiner fehlerhaften Verbindlichkeit leicht frei machen konnte oder dem Gläubiger in der Aufrechnungsmöglichkeit ein einfacheres Befriedigungsmittel zustand. Der Bürge konnte also leicht Schikanen ausgesetzt werden und Nachteil erleiden. Da ihm andererseits aber nach erfolgter Anfechtung und Aufrechnung eine Rückforderung wegen ungerechtfertigter Bereicherung zustand, wonach ein unnötiges Leisten und Zurückfordern hervorgerufen wurde, und dies dem obersten Prinzip widerspricht, den Erfolg mit möglichst geringem Aufwand wirtschaftlicher und rechtlicher Kräfte zu erreichen, so ist der zweite Entwurf von dem konsequenten Standpunkt des ersten abgewichen und hat, da er den Bürgen die Anfechtung und Aufrechnung selbst auf keinen Fall ausüben lassen konnte, einen Ausweg gefunden, indem er dem Bürgen ein

der Umgestaltung des Rechts entsprechendes Leistungsverweigerungsrecht aus § 770 gab.[1])

III. Rechtliche Natur des Leistungsverweigerungsrechts.

Im § 202 Abs. 2 und § 1173 bezeichnet das Gesetz beide Male das Leistungsverweigerungsrecht des Bürgen aus § 770 als Einrede. Leistungsverweigerungsrecht und Einrede müssen daher identisch sein, das Recht aus § 770 ist also eine Einrede. Eine Definition des Einredebegriffes stellt das Gesetz nicht auf, es gebraucht nur wiederholt in Fällen, in denen ein Anspruch zur Entstehung gekommen, aber ein Umstand vorhanden ist, der seine Durchführung hemmen kann, die Wendung: „ist berechtigt, hat das Recht, zu verweigern, kann verweigern“,[2]) die wir als Charakteristikum der Einrede

[1]) Entgegen Lippmann (S. 552), der darin eine Rückkehr zum gemeinen Recht sieht und zu einem ganz unhaltbaren Resultat kommt. Die Einrede aus § 770 ist nach ihm: 1. das auf den Bürgen infolge der Bürgschaftsübernahme übergegangene ius retinendi ex compensatione des Gläubigers oder Hauptschuldners; 2. „eine aus dem wesentlichen Grundgedanken des Bürgschaftsinstitutes gezogene Konsequenz, eine Konsequenz aus dem Gedanken der akzessorischen Qualität der Bürgschaftsobligation“. „das ureigenste Recht des Bürgen selbst“.

[2]) §§ 273, 320, 321, 770, 771 BGB.

auffassen können. Einrede[1]) ist demnach das Recht, eine Leistung zu verweigern. Die Leistung kann nach § 241 in einem Tun oder Unterlassen bestehen, ein Tun oder Unterlassen fordern zu können, ist nach § 194 ein Anspruch, Einrede ist demnach das Recht, die Erfüllung eines Anspruchs verweigern zu können, den Anspruch eine Zeitlang oder dauernd unwirksam zu machen, ein Verteidigungsmittel gegen einen erhobenen Anspruch.

Bestritten ist, da das Gesetz auf diese Frage nicht eingegangen ist, welcher Art diese Einrede ist, ob wir in ihr eine Befugnis im technischen Sinn oder ein subjektives Recht zu erblicken haben. Eine Befugnis, nach Zitelmann[2]) häufig Recht des rechtlichen Könnens genannt, ist das Recht, bei dem der Berechtigte die Macht, das rechtliche Können hat, durch einen Willensakt eine von jedermann anzuerkennende Rechtswirkung zu begründen.[3]) Einrede ist aber ein Leistungsverweigerungsrecht, d. h. das Recht durch einseitige Willensäußerung die wirksame Geltendmachung eines Anspruchs auszuschließen. Einrede ist, wie wir ohne

---

[1]) Gegen diesen Ausdruck wendet sich Friedenthal S. 10; er will ihn, um einer Verwechslung mit der römischen exceptio, die von der Einrede des BGB. wesentlich verschieden ist, vorzubeugen, durch Abwehrrecht, Gegenrecht ersetzen. Bruck S. 23.

[2]) Zitelmann, Intern. PrivR. S. 32ff., Allgem. Teil S. 29.

[3]) Hellwig, Anspruch S. 2.

weiteres erkennen, ein Kannrecht, eine Befugnis.[1] [2] Auf anderem Standpunkt stehen Matthiaß[3] und Friedenthal;[4] sie erkennen in ihr ein subjektives Recht. Auch hier läßt uns das Gesetz im Stich, eine Begriffsbestimmung des subjektiven Rechtes gibt es nicht, hat diese vielmehr der Wissenschaft überlassen und somit eine große Unsicherheit der Rechtslage erreicht. Von der großen Zahl Definitionen sind am bekanntesten und treffendsten die von Windscheid und Jhering. Nach Windscheid ist subjektives Recht „eine von der Rechtsordnung verliehene Willensmacht, ein Wollendürfen", Jhering hingegen definiert: „subjektive Rechte sind rechtlich geschützte Interessen, Recht ist die rechtliche Sicherheit des Genusses". Von Jherings Definition ausgehend fordert Thon[5]: Es ist richtig, daß jedes Recht ein Interesse zu schützen bestimmt ist, dieser Schutz erfolgt durch die Norm, doch kann dies noch nicht das alleinige Merkmal sein, denn jedes Tierschutzgesetz schützt Tiere, ohne ihnen

---

[1] Langheineken S. 43. Hinweis darauf, daß aus § 770 die Einrede als Befugnis bezeichnet, ist m. E. nicht sehr beweiskräftig, da es fraglich ist, ob das Gesetz den Ausdruck Befugnis im technischen Sinn gebraucht.

[2] Zitelmann, Allgem. Teil S. 23 u. 29; Langheineken S. 43; Hellwig, Anspruch S. 3.

[3] Matthiaß S. 165.

[4] Friedenthal S. 53/54.

[5] Thon, Einführung S. 16ff.

ein subjektives Recht zu geben. Es fehlt also noch ein notwendiger Bestandteil, und der ist, daß das zu schützende Rechtssubjekt sich die schützende Norm erzwingt, und das geschieht dadurch, daß die Rechtsordnung dem einzelnen eine gewisse Macht verleiht, den Schutz geltend zu machen, und diese Macht wird verkörpert durch den Anspruch. Thon[1]) definiert infolgedessen umfassend: „Das subjektive Recht erwächst für den durch die Normen Geschützten aus den Bestimmungen des objektiven Rechts, wonach ihm für den Fall der Übertretung des ersteren, behufs Verwirklichung des Gebotenen oder Wiederaufhebung des Verbotenen ein Mittel, der Anspruch gewährt wird"; es enthält also einen Anspruch in sich.[2]) Einrede hingegen ist das Recht, eine Leistung zu verweigern, ihr bloßes Bestehen äußert an sich noch keine Wirkung, hierzu bedarf es erst der Geltendmachung, und diese geschieht durch einfache Willenserklärung, die zu ihrer Wirksamkeit keines rechtlichen Schutzes bedarf, es fehlt deswegen auch das rechtliche Schutzmittel, der Anspruch. Wir erkennen also, daß, wenn wir an dieser Definition des subjektiven Rechtes festhalten, wir in der Einrede kein subjektives Recht erkennen können, jedoch macht, wie schon erwähnt, es die Unsicherheit der Rechtslage fast unmöglich, die eine oder die andere Ansicht für richtig anzuerkennen.

[1]) Thon, Normen S. 261.

[2]) Langheineken S. 5.

Wohl im Anschluß an das römische Recht unterscheidet auch das Bürgerliche Gesetzbuch zwei Arten von Einreden, solche,[1]) die dazu berechtigen, die Geltendmachung des Anspruchs dauernd auszuschließen (peremtorische), und solche, die dies nur vorübergehend zulassen (dilatorische), die also eine erneute Geltendmachung des Anspruches, sowie der Einredegrund weggefallen ist, zulassen.

Es fragt sich nun, welcher Kategorie wir die Ein-

[1]) Hiergegen wendet sich Hellwig, Anspruch S. 9; er sieht in der peremtorischen Einrede ein Anfechtungsrecht, das den Anspruch mit rückwirkender Kraft vernichtet; „nach der Geltendmachung der Einrede ist es so anzusehen, als ob die Forderungsrechte nie bestanden hätten". Widerlegung bei Kipp, Reurecht S. 131 ff.; Langheineken S. 343 ff. Hellwig will, um unnötigen und unlösbaren Schwierigkeiten, einer Unterscheidung zwischen einem aufgehobenen und einem Anspruch, dessen Erfüllung jedesmal verweigert werden kann, aus dem Wege zu gehen, ein Anfechtungsrecht konstruieren, das den Normen über die sogen. technische Anfechtung nicht untersteht. Beide hätten die rückwirkende Kraft gemeinsam, der Unterschied beider bestände darin, daß die technische Anfechtung die gesamte Rechtswirkung beseitige, während die andere nur den Anspruch des Gläubigers gegen den Schuldner aufhebe. Vgl. auch Hölder (Recht Bd. 4 S. 163, Zeitschr. f. Zivilprozeß Bd. 29 S. 84), der in jeder Einrede ein Anfechtungsrecht sieht. Näher auf diese Lehre einzugehen, würde hier zu weit führen, zumal es auch äußerst fraglich erscheint, ob mit der Konstruktion eines technischen und eines nichttechnischen Anfechtungsrechts der Zweck, die Schwierigkeit zu beseitigen, überhaupt erreicht wird.

rede des Bürgen aus § 770 einzureihen haben. Lippmann[1]) sieht in der Einrede aus § 770 Abs. 2 eine peremtorische, denn wenn ein Aufrechnungsrecht bestände, so würde der Gläubiger mit seiner Klage gegen den Bürgen, wenn ihn dieser auf sein Aufrechnungsrecht verwiese, allerdings nur zeitweise abgewiesen, das gleiche sei der Fall bei einer späteren Klage des Gläubigers gegen den Hauptschuldner, der Gläubiger könne daher unmöglich nochmals gegen den Bürgen klagen, denn dieser könne die entschiedene Tatsache, wenn auch nicht des ersten, so doch des zweiten Prozesses geltend machen. Die erste Klageabweisung sei zwar äußerlich eine zeitliche, im Inneren jedoch eine dauernde. Aus alledem folge, daß das Wort „solange" sich nicht auf die Wirkung der Geltendmachung der Einrede beziehe, sondern vielmehr auf die Voraussetzung ihrer Geltendmachung. Für die Einrede aus § 770 Abs. 1 hingegen will er die dilatorische Natur anerkennen.[2]) Hellwig[3]) erklärt aus seiner Auffassung der peremtorischen Einrede heraus die Einrede aus § 770 Abs. 1 für eine peremtorische, während ihm die aus § 770 Abs. 2 eine dilatorische ist;[4]) sie soll erlöschend auf die Bürgschaftsverpflichtung wirken, weil ihm jede peremtorische Einrede ein Anfechtungsrecht ist; § 2083, der auch nach Ablauf

[1]) Lippmann S. 552.

[2]) Lippmann S. 560.

[3]) Hellwig, Anspruch S. 15 Anm. 40 u. 41.

[4]) Hellwig, Anspruch S. 21.

der Anfechtungsfrist die Einrede aus einer anfechtbaren letztwilligen Verfügung fortdauern lasse, kennzeichne dies genügend. Dem ist zu erwidern: Das Charakteristikum für die aufschiebende Einrede ist einerseits der Umstand, daß nach dem Entstehungsgrunde des Einrederechts der Wegfall des Rechts bei gewöhnlichem Lauf der Dinge zu erwarten ist, daß sie andererseits ihrem Inhalt zufolge von dem Berechtigten auch wider Willen des Verpflichteten jederzeit beseitigt werden kann.[1]) Dies trifft aber gewiß bei der Einrede aus § 770 zu, der Hauptschuldner bezw. Gläubiger braucht nur von seinem Anfechtungs- oder Aufrechnungsrecht Gebrauch zu machen, oder aber der Hauptschuldner macht von seinem Anfechtungsrecht keinen Gebrauch, und diese erlischt nach Fristablauf, so wird die Einrede ohne weiteres hinfällig, gewiß ein Beweis für die dilatorische Natur, die auch aus dem Wortlaut des § 202 hervorgeht: hier wird die Einrede ausdrücklich als eine nur vorübergehend zur Leistungsverweigerung berechtigende anerkannt.[2])

Die Einrede entsteht, da sie abhängig ist von einer Anfechtungs- und Aufrechnungsmöglichkeit, wenn eine dieser Möglichkeiten zur Entstehung gelangt, desgleichen erlischt sie, wenn eine dieser Möglichkeiten erlischt. Daneben kann sie aber auch selbständig durch ausdrück-

[1]) Windscheid-Kipp S. 212; Langheineken S. 273.

[2]) Staudinger, Planck, Oertmann zu § 770; Dernburg S. 380; Crome S. 877; Matthiaß S. 365; Windscheid-Kipp S. 477; Langheineken S. 273.

lichen oder stillschweigenden Verzicht des Einredeberechtigten vernichtet werden; ein Erlöschen durch Ablauf einer Frist ist jedoch nicht denkbar, da einerseits eine Verjährung der Einrede ausgeschlossen ist,[1]) denn das Gesetz steht auf dem Standpunkt der Anspruchsverjährung, die Einrede ist aber kein Anspruch, andererseits finden sich aber im Gesetz keine Bestimmungen über Fristablauf ähnlich wie bei der Anfechtung.

Die wichtigste Funktion der Einrede ist die Verteidigung gegen den Anspruch; sie tritt daher in Aktion immer nur dann, wenn der Anspruch erhoben wird, ein Verweigern der Leistung ist jedoch nur dann möglich, wenn eine Leistung gefordert wird. Vorher ist die Einrede zwar vorhanden, aber ihre Existenz tritt nach außen hin nicht in die Erscheinung. Vorbedingung für die Geltendmachung eines Anspruches ist aber seine Fälligkeit; daraus folgt, daß zur Geltendmachung einer Einrede stets die Fälligkeit des zugrunde liegenden Anspruches erforderlich ist.

Der Anspruch wird erhoben mit voller Gültigkeit gerichtlich wie außergerichtlich. Soll nun die Einrede ihren Zweck als Verteidigungsmittel erreichen und dem Verkehrsbedürfnis genügen, so muß sie auch da mit Erfolg vorgebracht werden können, wo der Anspruch erhoben wird, die Einrede wird daher mit gleichem Effekt innerhalb wie außerhalb des Prozesses geltend

---

[1]) Matthiaß S. 149.

gemacht werden können.[1]) Meist wird ja allerdings die Geltendmachung im Prozeß geschehen, und zwar wird aus praktischen Gründen dieser der Vorzug zu geben sein, da hauptsächlich der gerichtlichen Geltendmachung prozessuale und materiellrechtliche Wirkungen zukommen,[2]) und dies haben auch offenbar die Motive im Auge, wenn sie betonen, daß Einreden mit Erfolg nur im Prozeß vorgebracht werden können, eine Beschränkung der Wirksamkeit der Geltendmachung nur für diesen Fall ist nicht angängig, und wir können wohl, wie auch Hellwig betont, in einer solchen Beschränkung ein Nichtloskommenkönnen von der römischen Exceptio erblicken.

Bringt in einem Prozeß der Beklagte eine Einrede vor, wozu es immer einer ausdrücklichen Handlung, eines Antrages, bedarf — der Richter darf, selbst wenn sie aus dem Prozeßstoff hervorgeht, niemals ex officio Rücksicht auf sie nehmen—,[3]) und diese Einrede erweist sich als begründet, so erfolgt eine Abweisung des Klägers seitens des Richters, durch die der Anspruch persönlich nicht berührt wird, nur wird seine Geltendmachung für

---

[1]) Crome S. 184; Langheineken S. 343; Hellwig, Anspruch S. 10; and. A. Zitelmann S. 29; Friedenthal S. 62 und 66 im Anschluß an Mot. Bd. 1 S. 360.

[2]) Langheineken S. 339.

[3]) Windscheid-Kipp S. 202; Matthiaß S. 165; Langheineken S. 253; Enneccerus S. 337; and. A. Hellwig, Anspruch S. 12 Anm. 2.

den Augenblick nicht möglich. Fällt dann der Grund, weswegen Abweisung erfolgt ist, weg, so steht einer erneuten Geltendmachung des Anspruches nichts im Wege.[1]) Bringt der Kläger nun zum zweitenmal eine Klage an, so kann der Beklagte seine Einrede zum zweitenmal vorbringen, da diese nicht durch einmaligen Gebrauch erlischt; notwendig ist hierzu auch in diesem Fall wieder eine Willensäußerung des Berechtigten.

Eine besondere Bestimmung für die Einrede aus § 770 enthält noch § 202. Dieser bestimmt, daß die dilatorischen Einreden allgemein eine Hemmung der Verjährung herbeiführen, macht jedoch im Abs. 2 eine Ausnahme von dieser Vorschrift für die Einrede aus § 770. Seine Erklärung findet dies einfach darin, daß der Gläubiger nicht eine Hemmung der Verjährung genießen soll, wenn er die Möglichkeit hat, die Einreden zu beseitigen, indem er die Aufrechnung erklärt oder von dem Schuldner Zahlung fordert und ihn so zu einer Erklärung über sein Aufrechnungsrecht zwingt.[2])

IV. Auslegung des § 770.

1. Des Abs. 1.

Eine Ausnahme von den allgemeinen Bestimmungen über Bürgschaft scheint der Abs. 1 des § 770 zu ent-

---

[1]) Hellwig, Verträge S. 371.

[2]) Staudinger zu § 202.

halten, der nur den Fall berücksichtigt, daß die Verbindlichkeit, für die eine Bürgschaft übernommen ist, einem Rechtsgeschäft ihre Entstehung verdankt, während sonst Bürgschaftsübernahme für jede Verpflichtung, gleichgültig auf welche Art sie entstanden ist, möglich ist. Dies findet jedoch seine Erklärung einfach darin, daß das Gesetz Anfechtbarkeit im allgemeinen nur bei Rechtsgeschäften kennt, daher in diesem Fall nur aus solchen entstandene Verpflichtungen berücksichtigen konnte.

Es herrscht wohl kein Zweifel darüber, daß das Gesetz im § 770 unter Anfechtung nur die in §§ 119 ff. BGB. behandelte technische Anfechtung im Auge hat, ohne Begriffe ähnlicher Art damit umfassen zu wollen. Es entsteht daher die Frage, welche Stellung der Bürge bei einem Rücktritts-, Wahl-, Wandlungs-, Minderungsrecht des Hauptschuldners hat, d. h. inwieweit er sich auf eines dieser Rechte berufen kann.

Rücktritt ist die Erklärung an den Gegner, daß der vollwirksame Vertrag als nicht abgeschlossen gelten soll, er wird geltend gemacht durch einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung, er ist also ein Rechtsgeschäft.[1]) Auf anderem Standpunkt steht Hellwig;[2]) er will in ihm eine Einrede sehen, und zwar auf Grund seiner Konstruktion der peremtorischen Einrede als Anspruchvernichtungsrecht; wir haben diese Ansicht schon

---

[1]) Langheineken S. 315 und die Anm. 2 Zitierten.

[2]) Hellwig, Anspruch S. 23, Verträge S. 300.

oben als unrichtig zurückgewiesen. Es kann daher der Bürge aus § 768 eine Einrede nicht geltend machen, ein Resultat, das übrigens Hellwig inkonsequenterweise anerkennt; da aber andererseits der Rücktritt Dispositionen über den Inhalt der Schuld enthält, die von dem Willen des Berechtigten abhängig sind, daher von einem anderen nicht geltend gemacht werden können, so kann der Bürge das Rücktrittsrecht selbst nicht vornehmen, genau wie bei Anfechtung und Aufrechnung. Eine Vorschrift entsprechend der des § 770 findet sich im Gesetz nicht; wir kommen daher zu dem Resultat, daß der Bürge sich auf ein Rücktrittsrecht des Hauptschuldners in keiner Weise berufen kann.[1])

Das gleiche gilt von der Wahl, auch sie enthält Dispositionen über den Inhalt der Schuld, die nur von dem Berechtigten getroffen werden können.[2])

Zu demselben Resultat kommen wir auch bei Wandlung und Minderung, wenn wir uns auf den Standpunkt der Vertragstheorie stellen. Wir müssen auch hier konsequenterweise dem Bürgen die Berufung auf einen Wandlungs- und Minderungsanspruch versagen, denn auch diese beiden Rechte enthalten Dispositionen, die ein anderer als der Berechtigte nicht ausüben darf. Konsequent erkennen dies auch die Motive an.[3]) Er-

---

[1]) Staudinger, Planck zu § 770; Crome S. 877; Langheineken S. 320; Enneccerus S. 506; Mot. Bd. 2 S. 663.

[2]) Staudinger zu § 770; Mot. Bd. 2 S. 663.

[3]) Mot. Bd. 2 S. 663.

kennen wir jedoch in Wandlung und Minderung eine Einrede an, wie dies zumeist in der Literatur[1]) geschieht, ob mit Recht müssen wir dahingestellt sein lassen, da uns eine Untersuchung darüber hier zu weit führen würde, so müssen wir dem Bürgen die Einrede nach § 768 zuerkennen, wie dies Langheineken[2]) tut. Inkonsequent sind entschieden die Resultate von Hellwig,[3]) Dernburg,[4]) Crome[5]) und dem Reichsgericht,[6]) denn sie erkennen zwar eine Einrede der Wandlung und Minderung an, wollen jedoch, Hellwig in beiden Fällen, Dernburg, Crome und Reichsgericht nur im Falle der Wandlung, dem Bürgen diese Einrede versagen. Cromes Ausführungen, auch die des Reichsgerichts, hierzu müssen wir als berechtigt anerkennen, denn in der Tat widerspricht es dem Wesen der Bürgschaft, die eine Sicherung der Hauptschuld bezweckt, wenn der Bürge anstatt dieselbe zu befestigen, sie durch einen willkürlichen Eingriff an Stelle des Hauptschuldners aufheben kann.

Wir kommen also in beiden Fällen zu einem sehr wenig befriedigenden Resultat, im letzten Fall ist eine konsequente Durchführung nicht möglich, ohne dem Charakter der Bürgschaft zu widersprechen, im ersten

[1]) Langheineken S. 240 und die dort Zitierten.
[2]) Langheineken S. 241.
[3]) Hellwig, Anspruch S. 23.
[4]) Dernburg S. 350.
[5]) Crome S. 877.
[6]) RGE. Bd. 66 S. 335.

Fall ist das Resultat aus praktischen Gründen nicht einwandfrei. Hat der Hauptschuldner z. B. einen Anspruch auf Herabsetzung des Kaufpreises, macht er aber davon keinen Gebrauch, so muß der Bürge, da ihm eine Verfügung über die Wandlung selbst nicht zugestanden werden kann, bar leisten, wenn ihn der Gläubiger in Anspruch nimmt. Wir haben dasselbe Resultat wie bei Anfechtung und Aufrechnung vor Einführung des § 770. Diese Gründe waren, wie wir gesehen haben, stark genug, um die Kommission zu einem Abweichen von dem konsequenten Standpunkt des ersten Entwurfes zu bringen und den § 770 zu schaffen. Es würde daher unbillig sein und der inneren Absicht des Gesetzes zuwiderlaufen, wenn wir an diesem Resultat für Rücktritt, Wahl, Wandlung und Minderung festhalten würden. Dieser Widerspruch läßt sich leicht lösen, wenn wir, wie dies Westerkamp[1]) wohl zuerst für § 478 (Perpetuierung der Wandlungseinrede) vorgeschlagen hat, den § 770 analog anwenden und im Falle des Rücktritts Wandlung, Minderung und Wahl, dem Bürgen ein Leistungsverweigerungsrecht zugestehen, solange diese Ansprüche bestehen. Den Motiven widerspricht dies in keiner Weise, denn sie verneinen nur eine Selbstausübung, ohne eine analoge Anwendung irgendwie zu bejahen noch zu verneinen. Cromes Einspruch, den wir

---

[1]) Westerkamp S. 451 ff.

als gerechtfertigt anerkennen mußten, findet auf diese Weise eine günstige Lösung.[1])

2. Des Abs. 2.

Der Abs. 2 gibt dem Bürgen das Leistungsverweigerungsrecht, „solange sich der Gläubiger durch Aufrechnung gegen eine fällige Forderung des Hauptschuldners befriedigen kann". Die Einrede hängt von zwei Bedingungen ab; sie wird nach dem Wortlaut des Gesetzes nur dann gegeben, wenn dem Gläubiger eine Aufrechnungsbefugnis zusteht, und wenn der Hauptschuldner eine fällige Gegenforderung hat. Es müssen also in diesem Falle Forderung (der Gläubiger kann aufrechnen, sofern er die ihm gebührende Leistung fordern kann, § 387) und Gegenforderung (gegen eine fällige Forderung des Hauptschuldners) fällig sein, während im allgemeinen nur Fälligkeit der Forderung, mit der aufgerechnet wird, gefordert wird.

Wie läßt sich dies mit den allgemeinen Vorschriften vereinbaren?

Schulz[2]) geht davon aus, daß Aufrechnung und Realbefriedigung gleichberechtigt nebeneinander stehen, die erstere verdiene nur aus praktischen Gründen den

[1]) Ders. M. Staudinger zu § 770; Friedenthal S. 132 f.; das Reichsgericht (Komm. zu § 770) außer für Minderung: für Wandlung allein Enneccerus S. 506; and. M. außer Hellwig Dernburg, Crome, Oertmann und Planck zu § 770.

[2]) Schulz in Gruchot Bd. 50 S. 270/71.

Vorzug, sie sei aus praktischen und wirtschaftlichen Gründen die wünschenswertere, es dürfte daher der Bürge den Realbefriedigung verlangenden Gläubiger auf die einfache Befriedigungsweise verweisen, damit eine Erweiterung auf dritte Personen, für die die Schuld eine fremde sei, vermieden würde, jedoch dürfte der Bürge von diesem Verweisungsrecht nur dann Gebrauch machen, wenn der Gläubiger durch die Aufrechnung auch wirtschaftlich dasselbe erlange wie durch Barleistung des Hauptschuldners. Dies sei jedoch nicht der Fall, wenn die Gegenforderung des Hauptschuldners gegen den Gläubiger noch nicht fällig sei. Erhielte hier der Gläubiger seine Forderung vom Bürgen bezahlt, so könne er die Summe bis zur Fälligkeit der Gegenforderung auf Zinsen legen, die er jedoch verlieren würde, wenn er sich durch Aufrechnung befriedige. Hier dürfte daher der Bürge den Gläubiger nicht auf die Befriedigung durch Aufrechnung verweisen, darum sei auch für die Bürgeneinrede Fälligkeit der Gegenforderung gefordert.

Wir müssen diese Ausführung als vollkommen gerechtfertigt anerkennen.

Wenn im Fall der Aufrechenbarkeit der Gläubiger die Aufrechnung vornimmt, ohne daß die Gegenforderung des Hauptschuldners fällig ist, und erleidet er dadurch einen finanziellen Nachteil, so ist das seine eigene Schuld, da er die Wahl hat, Zahlung zu verlangen oder Aufrechnung vorzunehmen, und davon geht auch

§ 387 aus, wenn er Fälligkeit nur für die Forderung, mit der aufgerechnet wird, vorschreibt. Anders liegt der Fall in § 770. Hier hat der Bürge ein Leistungsverweigerungsrecht, er kann den Gläubiger indirekt zwingen, die Aufrechnung vorzunehmen, der Gläubiger würde also unter Umständen gezwungen werden können, ungerechtfertigterweise einen Vermögensnachteil zu erleiden, wenn er gegen eine noch nicht fällige Forderung aufrechnete, und darum hat auch das Gesetz Fälligkeit für die Gegenforderung verlangt.

Die zweite Voraussetzung für die Einrede ist der Umstand, daß dem Gläubiger eine Aufrechnungsmöglichkeit zusteht. Wie verhält es sich nun, wenn der Hauptschuldner, was z. B. bei einem aus einer vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlung (§ 393) entstandenen Anspruch, bei unpfändbarer Forderung (§ 394) der Fall sein kann, allein die Aufrechnungsmöglichkeit hat. Soll da der Bürge keine Berechtigung zur Verweigerung der Leistung haben oder ist die Vorschrift analog auch bei Aufrechnungsmöglichkeit des Hauptschuldners anzuwenden? Cosack[1]) bringt folgendes einfache Beispiel: A (Gläubiger) hat eine fällige Darlehnsforderung gegen B (Hauptschuldner), B hat einen Schadensersatzanspruch aus einer vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlung (vorsätzliche Körperverletzung usw.) des A gegen ihn, und C hat sich für B verbürgt. Hier kann

[1]) Cosack S. 584.

A, der Gläubiger, nicht aufrechnen, da nach § 393 Aufrechnung gegen eine Forderung aus einer vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlung nicht zulässig ist. Es kann also wohl B, der Hauptschuldner, mit seinem Schadensersatzanspruch gegen die Darlehensforderung aufrechnen, der Bürge muß daher, wenn man sich streng an den Wortlaut des § 770 hält, vom Gläubiger in Anspruch genommen, leisten, sofern der Hauptschuldner von seinem Aufrechnungsrecht nicht Gebrauch macht. An diesem Resultat haben offenbar eine Reihe der namhaftesten Schriftsteller Anstoß genommen und erkennen in analoger Anwendung der Vorschrift dem Bürgen eine Einrede auch dann zu, wenn nur dem Hauptschuldner ein Aufrechnungsrecht zusteht. Dernburg[1]) bejaht das Vorliegen einer Einrede als in der Absicht des Gesetzes liegend, ebenso Crome[2]): Eine Beschränkung habe nicht in der Absicht des Gesetzes gelegen, man habe nur eine Formel finden wollen, um den Bürgen die althergebrachte Berufung auf die Aufrechnung wiederzugeben, nachdem ihm die Einrede durch die veränderte Struktur der Aufrechnung verloren gegangen war, und da habe man ohne weitere Prüfung einen in der Form verunglückten Antrag angenommen. Oertmann,[3]) der mindestens dem Bürgen das Recht in Analogie des entschieden schlecht gelungenen Abs. 2 zuerkennen wollte,

[1]) Dernburg S. 451; vgl. Komm. der RGRäte zu § 770.

[2]) Crome S. 879.

[3]) Oertmann § 770 2. Aufl. 1899.

weil es anstößig wäre, daß der Bürge schärfer hafte, wenn nur der Schuldner, als wenn der Gläubiger die Hauptschuld durch Aufrechnung beseitigen könne, hat sich in seiner neuen Auflage der Gegenansicht angeschlossen.[1]) Auch seine andere ganz unhaltbare Ansicht, den Bürgen trotz der Motive die Aufrechnung selbst ausüben zu lassen, hat er zurückgenommen. Lippmann[2]) kommt zu demselben Resultat, doch ist es in unserem Fall nicht von Belang, da er von der Aufrechnung als Einrede ausgeht und sie dem Bürgen nach § 768 zuspricht. Kipp[3]) geht davon aus, daß der Bürge sich immer nur auf ein Verhältnis berufen könne, das auch der Hauptschuldner geltend machen kann, und sieht darin, daß bestimmt ist, daß die Forderung des Hauptschuldners auch fällig sein muß, einen Beweis dafür, daß es also „doch in Wahrheit das Aufrechnungsrecht des Hauptschuldners sei, auf dessen Existenz sich der Bürge berufe". Wir müssen diese Ansicht jedoch, nachdem wir den Grund erkannt haben, warum Fälligkeit erfordert wird, als unrichtig zurückweisen.

Weismann,[4]) ähnlich wie Kipp, weist darauf hin, daß sich der Bürge immer nur auf ein Verhältnis berufen kann, das auch der Hauptschuldner geltend machen kann. Wenn sich der Bürge auf eine Aufrechnungs-

[1]) Oertmann zu § 770 3. Aufl.

[2]) Lippmann S. 474.

[3]) Kipp S. 496.

[4]) Weismann S. 41 ff.

möglichkeit des Gläubigers berufen könne, so habe das seinen Grund darin, daß die Aufrechnung meist gegenseitig sei, der Bürge sich zugleich auf ein Recht des Hauptschuldners berufe, und folgerichtig kommt er zu dem Resultat, daß der Bürge eine Einrede auch dann nicht haben soll, wenn zwar der Gläubiger gegen die Forderung des Hauptschuldners, der Hauptschuldner aber nicht gegen die Forderung des Gläubigers aufrechnen könnte. Hiermit setzt sich Weismann direkt mit dem Wortlaut des Gesetzes in Widerspruch, und dies beweist zur Genüge, daß auch seine Ansicht nicht einwandfrei sein kann. Die von uns noch nicht zurückgewiesenen Ansichten bringen nur sehr schwache Beweise. Oertmann und Crome werfen dem Gesetz, da sie offenbar weitere Beweise für ihre Ansichten nicht finden, schlechte Fassung des Paragraphen vor, Dernburg nimmt zur Absicht des Gesetzes seine Zuflucht. Und in der Tat würde es ihnen auch schwer fallen, nähere Beweise zu erbringen, denn alle die von uns zitierten Ansichten kommen zu ihrem Resultat auf Grund einer falschen Grundlage, die das Vorbringen von schlagenden Beweisen fast unmöglich macht. Nach der Ansicht aller dieser Schriftsteller ist der Abs. 2 ein Ausfluß des Akzessorietätsprinzips, und diese Ansicht ist entschieden als falsch zurückzuweisen. Am deutlichsten beweisen dies die Ansichten von Weismann und Kipp. Beide folgern: Wenn die Einrede eine Folge der Akzessorietät ist, kann der Bürge sich immer nur

auf ein Recht des Hauptschuldners berufen, niemals auf das des Gläubigers, und konsequent verneint Weismann eine Einrede des Bürgen, wenn nicht der Hauptschuldner ein Aufrechnungsrecht geltend machen kann. Kipp erkennt die Unhaltbarkeit dieser Folgerung an und sucht sich zu retten, indem er in dem Aufrechnungsrecht des Gläubigers ein Aufrechnungsrecht des Hauptschuldners erkennen will. Somit erkennen wir klar, daß § 770 Abs. 2 mit der akzessorischen Natur der Bürgschaft nichts zu tun haben kann, er ist vielmehr ein Ausfluß des Prinzips der Subsidiarität und mit der Einrede der Vorausklage eng verwandt.[1]) Dies geht schon klar aus der Vorgeschichte des Paragraphen hervor. In den Beratungen der 2. Kommission wurde für die Fassung des § 674 folgender Antrag eingebracht[2]): „Hat der Gläubiger an einer beweglichen Sache des Hauptschuldners ein Pfandrecht oder kann er sich mittels Aufrechnung seiner Forderung gegen eine dem Hauptschuldner gegen ihn zustehende Forderung Befriedigung verschaffen, so ist der Bürge im ersteren Falle, solange bis der Gläubiger seine Befriedigung aus der gepfändeten Sache gesucht hat, im zweiten Falle, solange die Aufrechnung möglich ist, insoweit zur Verweigerung der Erfüllung berechtigt, als der Gläubiger aus der Sache oder mittels Aufrechnung Befriedigung erlangen kann".

[1]) Mantey S. 544.

[2]) Prot. Bd. 2 S. 468 ff.

Wir finden hier also die Einrede aus § 770 Abs. 2 in engster Verbindung mit der Einrede der Vorausklage. Der Antrag wurde allerdings in dieser Fassung nicht angenommen, vielmehr dem § 674 Abs. 1, der die Einrede der Vorausklage enthält, die Bestimmung hinzugefügt: „Der Bürge kann die Erfüllung der Hauptverbindlichkeit auch dann verweigern, wenn der Gläubiger sich durch Aufrechnung seiner Forderung gegen eine dem Hauptschuldner gegen ihn zustehende Forderung Befriedigung beschaffen kann".[1])

Es wurde dann weiter der Antrag angenommen, die Aufrechnung von der Fälligkeit der Forderung abhängig zu machen, die Fassung des entsprechend abgeänderten § 664 des 1. Entw. der Redaktionskommission vorbehalten, welche im § 673 a ihrer Zusätze den Wortlaut des § 770 BGB. normierte.[2]) Hieraus erkennen wir ohne weiteres, daß die Einrede der Vorausklage mit der Einrede aus § 770 Abs. 2 eng verwandt sein muß, daß ferner die Einrede aus § 770 Abs. 2 gleichfalls eine Folge des Prinzipes der Subsidiarität ist. Die Protokolle erwähnen allerdings über diesen Punkt nichts. Doch lassen sie gerade an dieser Stelle sehr viel an Genauigkeit zu wünschen übrig, als einzige Begründung geben sie nur an, daß die Berufung auf die Möglichkeit der Aufrechnung dem Bürgen im bisherigen Recht all-

[1]) Prot. Bd. 2 S. 471 Abs. 4.

[2]) Prot. Bd. 2 S. 469, 741.

gemein gestattet sei, und es müßten dringende Gründe vorhanden sein, um hiervon abzugehen. Man hat dies so verstanden (vgl. Crome), als ob ein historischer Zusammenhang noch bestände, daß, da die Einrede des Bürgen im gemeinen Recht eine Folge der Akzessorietät war, dies auch jetzt noch der Fall sein könnte; dies trifft jedoch keinesfalls zu, denn mit der Änderung der Natur der Aufrechnung ist dieser Zusammenhang vollkommen zerrissen.[1]) Das Bürgerliche Gesetzbuch hat mit dem § 770 etwas vollkommen Neues geschaffen, der mit dem gemeinen Recht absolut nichts gemeinsam hat. Ist aber die Einrede aus § 770 Abs. 2 eine Folge des Subsidiaritätsprinzips, so kann man sie auch dem Bürgen zuerkennen, nur wenn der Gläubiger eine Aufrechnungsmöglichkeit hat. Einen sehr treffenden Beweis hierzu bringt Schulz.[2]) Er geht davon aus, daß wenn der Hauptschuldner die Gegenforderung zediert, die Einrede entfällt, obgleich dem Gläubiger nach § 406 die Aufrechnungsbefugnis erhalten bleibt. Jetzt sei die Aufrechnung nicht mehr das einfachere Befriedigungsmittel. Rechne nun der Gläubiger auf, so würde ein Dritter, für den die Schuld eine fremde sei (der Zessionar), getroffen und müßte Regreß nehmen. Wenn also nun schon einmal auf einen Dritten gegriffen werden sollte, so sei es einfacher, auf den Bürgen zu greifen als auf

---

[1]) Mantey S. 545.

[2]) Schulz S. 270.

einen anderen. Daraus folgt, daß man auf den Wortlaut des Gesetzes stehen zu bleiben habe.[1])

V. Anwendung des § 770.

1. Leistung des Bürgen in Unkenntnis der Einrede aus § 770.

Hat der Bürge Zahlung geleistet, ohne eine ihm aus einem Anfechtungsrecht des Hauptschuldners zustehende Einrede zu kennen, so kann er das Geleistete nach den Grundsätzen über ungerechtfertigte Bereicherung nicht zurückfordern. § 813 Abs. 1 erkennt zwar ein Zurückforderungsrecht bei Ansprüchen an, denen eine Einrede entgegensteht, doch muß durch sie „die Geltendmachung des Anspruchs dauernd ausgeschlossen werden". Dies ist jedoch bei der Einrede aus § 770 Abs. 1 nicht der Fall, da sie dilatorischer Natur ist.[2]) Ist jedoch die Leistung nach erfolgter Anfechtung in Unkenntnis derselben erfolgt, dann ist der Anspruch mit rückwirkender Kraft erloschen, die Leistung entbehrt ihres rechtlichen Grundes, ein Herausgabeanspruch wegen ungerechtfertigter Bereicherung ist voll berechtigt.[3])

---

[1]) Ders. A. Reichel S. 496 Anm. 1 sowie Oertmann und die § 770 Abs. 4b Zitierten.

[2]) Staudinger zu § 770; Oertmann zu § 770; Kipp S. 474; Crome S. 878.

[3]) Crome S. 878.

Wie verhält es sich nun, wenn dem Bürgen die Einrede aus einer Aufrechnungsmöglichkeit des Gläubigers erwächst, finden da diese Bestimmungen analoge Anwendung? Der Bürge kennt eine Aufrechnungsmöglichkeit des Gläubigers nicht und befriedigt diesen. Nach dem Wortlaut des Gesetzes hat auch hier der Bürge keinen Herausgabeanspruch aus § 813 Abs. 1, da die Einrede gleichfalls eine dilatorische ist.[1]) Die Motive[2]) erklären dies aus dem Prinzip heraus, daß die beiderseitigen Forderungen von der Kompensationslage nicht berührt werden. Kipp[3]) hingegen kommt zu einem anderen Resultat, und zwar aus folgenden Gründen: Wer in Unkenntnis seines Aufrechnungsrechtes Zahlung geleistet hat, hat dem Gegner einen Vermögensvorteil zugeführt, auf den dieser keinen Anspruch hatte. Der Leistende kann unter Umständen Zinsen und Vertragsstrafen gezahlt haben, die er sich, wenn er die Aufrechnungsmöglichkeit gekannt hätte, hätte sparen können, ohne Zweifel hätte dann der Gläubiger ein mehr bekommen, das eines rechtlichen Grundes entbehrte. Deswegen müßte die Möglichkeit bestehen, diese ungerechtfertigte Bereicherung rückgängig zu machen, und zu diesem Zweck will er trotz der abweichenden Ansicht der Motive auch nach erfolgter Leistung die Aufrechnung ausüben, somit rückwirkend die Leistung ihres Rechts-

[1]) vgl. Oertmann 3. Aufl. zu § 770.

[2]) Mot. Bd. 2 S. 109.

[3]) Kipp S. 478.

grundes berauben und dann den Bürgen einen ungerechtfertigten Bereicherungsanspruch geltend machen lassen. Kipps Ausführungen, die an sich folgerichtig sind, führen jedoch zu einem falschen Resultat, da er von einer ganz falschen Grundlage ausgeht. Er sieht in der Möglichkeit des Hauptschuldners, Zinsen und Vertragsstrafen sparen zu können, ein Recht, das diesem auf jeden Fall zustehen müsse. Dies ist jedoch keineswegs der Fall. Die Aufrechnung ist eine bloße Vergünstigung, ein rechtlicher Vorteil, der auf einem Zufall beruht, zufällig treten sich die beiden Forderungen gegenüber, und so entsteht eine facultas alternativa, Zahlen oder Aufrechnen, die der Berechtigte je nach Belieben geltend machen kann. Kipp hingegen konstruiert daraus eine Pflicht; nach ihm hat der Betroffene einen Anspruch darauf, aufrechnen und somit den Vorteil erlangen zu können. Daß dies nicht der Fall sein kann, beweist schon der Umstand, daß es ein Zwangsmittel zu seiner Durchführung nicht gibt. Hätte der Gegner einen rechtlichen Anspruch darauf, so müßte ihm auch ein Mittel gegeben sein, zu seinem Recht zu kommen; dies ist aber nicht der Fall. Ist die Aufrechnung irrtümlicherweise unterblieben und dafür Zahlung geleistet worden, so ist die Forderung erloschen. Ein nachträgliches Rückfordern ist undenkbar. Kipps Ansicht können wir daher als nicht richtig zurückweisen. Siber,[1]) der

[1]) Siber S. 131.

unsere Ansicht teilt, führt zum Vergleich die Alternativschuld an. Auch hier kann, wenn der Schuldner irrtümlicherweise eine günstigere Leistung unterlassen hat, er das Geleistete nicht zurückfordern und die andere noch aufheben, denn die Forderung ist vollgültig getilgt, von ungerechtfertigter Bereicherung kann nicht die Rede sein. Daß noch viel weniger der Schuldner das Recht der Rückforderung hat, wo er nicht einen der geschuldeten Gegenstände, sondern den alleinigen Gegenstand geleistet hat, und sich nur von der Pflicht zur Leistung desselben durch Gewährung eines anderen nichtschuldigen Wertes befreien kann, wenn nicht, wie hier, die Alternative auf einem Recht, sondern auf einem Zufall beruht, liegt auf der Hand. Somit fällt auch die äußerst bedenkliche Behauptung Kipps,[1]) daß der Empfänger der Leistung, wenn er die Aufrechnungsmöglichkeit nicht kannte, noch nachträglich die Aufrechnung erklären kann. Liebknecht[2]) und früher auch Oertmann[3]) teilen Kipps Ansicht und kommen zu demselben Resultat. Oertmann wollte dies bejahen auf Grund der von ihm vertretenen Ansicht der Aufrechnung; er wie Liebknecht erkennen eine suspensiv bedingte Tilgung an, eine Ansicht, die wir als dem Gesetz nicht entsprechend zurückgewiesen haben, mit ihr wird auch diese Folgerung hinfällig.

---

[1]) Kipp S. 478.

[2]) Liebknecht S. 108.

[3]) Oertmann § 398 2. Aufl., entgegen 3. Aufl. zu § 770.

Erfolgt jedoch die Zahlung durch den Bürgen nach erfolgter Aufrechnung seitens des Gläubigers, so entbehrt wie bei der Anfechtung die Leistung ihres rechtlichen Grundes, kann daher aus § 813 als ungerechtfertigt zurückverlangt werden.

2. Verzicht des Bürgen auf die Einrede.

Übernimmt jemand Bürgschaft in Kenntnis eines Anfechtungsrechtes des der Verbindlichkeit zugrunde liegenden Rechtsgeschäftes gerade für diesen Fall, so muß er notwendigerweise auf seine Einrede aus § 770 Abs. 1 verzichten; dieselbe geht ihm unter allen Umständen verloren, denn in diesem Fall würde ein Leistungsverweigerungsrecht gegen Treu und Glauben verstoßen.[1]) Verzichtet der Bürge auf die Einrede aus § 770 Abs. 1 freiwillig, er bezahlt z. B., obgleich er ein Anfechtungsrecht des Hauptschuldners kennt, den Gläubiger, so kann er nach § 814 das Geleistete nicht zurückfordern, denn ein Kennen der Anfechtbarkeit steht einem Kennen der Nichtigkeit gleich (§ 142), und da er wußte, daß er zu einer Leistung nicht verpflichtet ist, so kann er das zum Zweck einer Erfüllung Gegebene nicht zurückfordern; man nimmt an, der Leistende habe eine unentgeltliche Zuwendung machen wollen.[2]) Bestritten ist, ob in diesem

---

[1]) Bruck S. 61.

[2]) Schollmeyer S. 84.

Fall noch eine reguläre Bürgschaft vorliegt; man glaubte dies nicht mit dem Prinzip der Akzessorietät vereinbaren zu können, da hier die Haftung des Bürgen eine strengere sei; er habe sich für ein mehr, als die Hauptschuld betrage, verpflichtet. Die Motive[1]) wollen deswegen ein nach den allgemeinen Grundsätzen zu beurteilendes Schuldversprechen anerkennen. Kipp[2]) nimmt einen Garantievertrag an: „Es garantiert der sogen. Bürge, daß der Hauptschuldner die Leistung machen werde, obgleich er dazu nicht verpflichtet ist, ein solcher Vertrag bedürfe eines Rechtsgrundes zwischen Gläubiger und Versprechendem, während ein solcher bei einer Bürgschaft überflüssig sei, weil ihre causa die Sicherung der existierenden Hauptschuld sei". Gegen diese Ansicht wendet sich Schollmeyer,[3]) und mit Recht; treffend weist er darauf hin, daß die Motive einerseits (§ 768 Abs. 1 Satz 2 BGB. und § 193 KO.) dem Bürgen Einreden versagten, ohne den Bürgschaftscharakter zu zerstören, daß sie andererseits aber das Vorliegen einer Bürgschaft verneinten, wenn der Bürge auf eine Einrede verzichte. Dies sei entschieden inkonsequent, für die Natur der Bürgschaft sei es vielmehr gleichgültig, auf welche Weise die Einreden ausgeschlossen seien, ob durch Verzicht oder Gesetz. Ein bloßes Schuldversprechen läge nur dann vor, wenn die akzessorische Natur der Bürgschaft

[1]) Mot. Bd. 2 S. 662.

[2]) Kipp S. 1089.

[3]) Schollmeyer S. 84.

vollkommen abgestreift sei; dies sei aber nicht der Fall bei Anfechtbarkeit, sondern lediglich bei der Nichtigkeit. Wir müssen diese Ausführungen als vollkommen gerechtfertigt anerkennen, denn daß das Gesetz den Begriff der Akzessorietät nicht allzu eng aufgefaßt wissen will, beweist in der Tat der Umstand, daß er nicht verletzt wird, obgleich dem Bürgen zwei Einreden des Hauptschuldners, die der beschränkten Erbenhaftung und die des rechtskräftig bestätigten Zwangsvergleiches, nicht gegeben werden können; der Grund, warum das Gesetz dem Bürgen diese versagt, ist in diesem Falle, wo es sich lediglich um die Natur des Bürgschaftscharakters handelt, vollkommen gleichgültig; es geht ferner auch deutlich aus § 767 Abs. 1 Satz 3 hervor, wo die Bürgschaft unverändert fortbesteht, auch wenn die Verpflichtung nach Übernahme der Bürgschaft durch ein Rechtsgeschäft des Hauptschuldners erweitert wird.

In gleicher Weise wie auf sein Recht aus § 770 Abs. 1 kann der Bürge auch auf die Einrede, die einem Aufrechnungsrecht des Gläubigers entspringt, verzichten, gleichfalls ohne daß das Wesen der Bürgschaft irgendwie berührt wird. Hier verzichtet er lediglich auf einen Befriedigungsmodus, die Aufrechnung steht alternativ neben der Leistung, also nur auf eine Sicherheit, die dem Berechtigten zusteht, ohne den Umfang der Bürgschaft irgendwie zu berühren.

3. Verzicht des Hauptschuldners auf die Anfechtung.

Verzichtet der Hauptschuldner nach Eingehung der Bürgschaft auf ein ihm zustehendes Anfechtungsrecht, er läßt z. B. die Frist verstreichen, so geht damit auch dem Bürgen seine Einrede verloren, denn einerseits ist ja Anfechtung keine Einrede, der der Schutz des § 768 Abs. 2 zukommt, andererseits ist aber der Verzicht auf dieses Recht keine nachträgliche rechtsgeschäftliche Erweiterung der Hauptverbindlichkeit, für die der Bürge gemäß § 767 Abs. 1 Satz 3 nicht aufzukommen hätte, eine anfechtbare Verbindlichkeit leidet nur an einem verborgenen Mangel, der nach außen in keiner Weise in Erscheinung tritt und die Verbindlichkeit selbst nicht in ihrer Gültigkeit beeinflußt, ein Verzicht auf dieses Anfechtungsrecht erweitert sie daher keineswegs. In diesem Resultat hat man eine große Ungerechtigkeit gegen den Bürgen zu erkennen geglaubt und es für ganz unannehmbar gehalten.[1]) Betrachten wir es jedoch näher, so erkennen wir, daß auch in diesem Fall die Lage des Bürgen keine harte und unbillige ist, denn in den meisten Fällen wird er, wenn er geleistet hat, vom Hauptschuldner seine Auslagen zurückerhalten können, da nach § 774 die Forderungen des Gläubigers auf den Bürgen kraft Gesetzes übergehen, soweit dieser den Gläubiger befriedigt. Es ist der Hauptschuldner letzten Endes doch derjenige, der die Leistung zu bewirken hat, er

[1]) Hellwig, Anspruch S. 18 Anm. 50.

wird daher ohne Grund die Anfechtungsfrist nicht vorübergehen lassen. Anders jedoch im Fall der Insolvenz des Hauptschuldners. Läßt er hier die Anfechtungsfrist erfolglos verstreichen, so muß der Bürge den Gläubiger befriedigen, ohne daß ihm die kraft Gesetzes übergegangenen Forderungen viel nützen könnten; es ist fraglich, ob er je zu seinem Geld kommen kann. Hier genießt der Bürge in einer Beziehung einen Schutz; ist nämlich die Verbindlichkeit infolge arglistiger Täuschung oder Drohung zustande gekommen, so hat der Hauptschuldner eine Einrede wegen unerlaubter Handlung aus § 853, die auf den Bürgen aus § 768 übergeht und ihm trotz Verzichtes des Hauptschuldners erhalten bleibt. Schutzlos ist somit der Bürge nur bei einer durch Irrtum oder unrichtigen Übermittlung zustande gekommenen Verbindlichkeit; hier ist das Resultat zwar ein hartes, doch keineswegs ein unbilliges, denn der Bürge ist zur Bürgschaftsübernahme nicht gezwungen worden. Hat er sich für einen Schuldner verbürgt, dessen Vermögensverhältnisse nicht gut sind, so muß er von vornherein mit einem Vermögensausfall rechnen. Tritt dieser nun wirklich ein, so kann er das Gesetz dafür nicht verantwortlich machen, das schon ein übriges getan hat, wenn es, um den Bürgen vor leichtsinniger Übernahme zu schützen, schriftliche Form erfordert hat, ganz abgesehen davon, daß der Hauptschuldner später wieder zu Geld kommen und der Gläubiger somit seine Auslagen zurückerhalten kann.

4. Verzicht des Gläubigers auf die Aufrechnung.

Verzichtet der Gläubiger auf sein Aufrechnungsrecht durch Nichtausübung, durch ein pactum de non compensando oder indem er die fällige Gegenforderung des Hauptschuldners, gegen die er aufrechnen könnte, durch Zahlung tilgt oder ihre Fälligkeit durch Erlangung von Stundung beseitigt, so geht dem Bürgen sein Leistungsverweigerungsrecht verloren, er muß, vom Gläubiger in Anspruch genommen, leisten. § 767 Abs. 1 Satz 3 schützt ihn nicht, da durch diesen Verzicht keine Erweiterung der Verbindlichkeit eintritt, ganz abgesehen davon, daß dieser nur eine Erweiterung durch den Hauptschuldner berücksichtigt, eine analoge Anwendung des § 768 ist gleichfalls nicht denkbar, denn hier handelt es sich um einen Verzicht auf Einreden, während in diesem Falle ein solcher auf die Vornahme eines Rechtsgeschäftes vorliegt.[1]) Schulz[2]) will hier den Bürgen frei werden lassen, und zwar in analoger Anwendung des § 776. Gäbe der Gläubiger ein ihm an einer beweglichen Sache des Hauptschuldners zustehendes Pfandrecht (§ 772 Abs. 2) auf, so werde der Bürge nach § 776 frei, genau so sei es, wenn der Gläubiger in der Aufrechnungslage den Wert aus dem Vermögen aufgäbe, d. h. die Forderung des Hauptschuldners bezahle. Hierbei vergißt aber Schulz,

[1]) RGE. Bd. 62 S. 53ff.

[2]) Schulz S. 273.

wie auch Mantey[1]) nachweist, daß zwischen Pfandrecht und Aufrechnungsrecht ein großer Unterschied besteht. Hat der Gläubiger neben dem Bürgen ein Pfandrecht, so muß er zunächst aus diesem Befriedigung suchen, da ihm das Pfand für diesen Zweck gegeben ist; anders jedoch beim Aufrechnungsrecht, hier steht es in freiem Ermessen des Gläubigers, ob er von diesem seinen Recht Gebrauch machen will, eine Pflicht hierzu ist nicht vorhanden. Es ist lediglich ein Zufall, daß der Hauptschuldner gegen den Gläubiger eine fällige Forderung hat, der mit der Bürgschaftsobligation nichts zu tun hat.[2]) Ein Verstoß gegen Treu und Glauben liegt gleichfalls nicht vor, wenn der Gläubiger von seinem Aufrechnungsrecht keinen Gebrauch macht, ebensowenig ist an Schikane zu denken, wenn der Gläubiger die Gegenforderung durch Zahlung tilgt. Denn Aufrechnung ist stets ein Recht, man darf daraus niemals eine Pflicht konstruieren.[3])

Hat der Gläubiger mehrere Forderungen gegen den Hauptschuldner, von denen nur eine durch Bürgschaft gesichert ist, und rechnet der Gläubiger mit einer anderen als der verbürgten Forderung gegen die Forderung des Hauptschuldners auf, so entfällt dem Bürgen die Einrede. Der Gläubiger ist hierzu berechtigt, denn die durch Bürgschaft gesicherte Forderung ist nicht die-

[1]) Mantey S. 548.

[2]) Prot. 2 S. 471.

[3]) Mantey S. 549.

jenige, die nach § 366 Abs. 2 zuerst zu tilgen ist. Voraussetzung für die Aufrechnung ist natürlich, daß die Gegenforderung des Hauptschuldners fällig ist.

Der Gläubiger kann aber auch durch Vertrag mit dem Hauptschuldner die Aufrechnungsmöglichkeit für den Gläubiger ausschließen. Schulz[1]) will hier den Bürgen frei werden lassen in analoger Anwendung des § 776; wir haben diese Möglichkeit schon oben zurückgewiesen. Fraglich scheint es ihm, ob man in dem Vertrag eine Erweiterung der Verpflichtung des Bürgen erblicken und den Bürgen gleichfalls nach § 767 Abs. 1 Satz 3 frei werden lassen kann. Wir müssen dies entschieden verneinen, denn wie aus der ursprünglichen Fassung des Paragraphen (1. Entw. § 672 Abs. 1 Satz 2) hervorgeht, hat § 767 Abs. 1 Satz 3 nur solche Rechtsgeschäfte im Sinn, die die Hauptverbindlichkeit erweitern, „die Haftung erstreckt sich nicht auf die Erweiterung und Beschränkung der Hauptverbindlichkeit". In einer vertragsmäßigen Kompensationsausschließung können wir jedoch keineswegs eine Erweiterung der Hauptverbindlichkeit und somit der Verbindlichkeit des Bürgen erblicken, sie behält unverändert ihren Umfang, § 767 kann daher nicht Platz greifen, dem Bürgen entfällt auch in diesem Fall das Leistungsverweigerungsrecht.[2])

---

[1]) Schulz S. 273.

[2]) Mantey S. 549.

VI. Praktischer Wert des § 770.

Das Gesetz hat mit dem Paragraphen einen recht glücklichen Griff getan, alle Angriffe, die gegen ihn erhoben wurden, konnten wir als nicht berechtigt zurückweisen. Allerdings in einem Punkt versagt er, und das ist bei einseitiger Aufrechnungsmöglichkeit des Hauptschuldners. Da eine analoge Anwendung nicht möglich ist, steht dem Bürgen eine Berufung auf ein einseitiges Aufrechnungsrecht des Hauptschuldners nicht zu. Wollte man ihm ein solches geben, so hätte man dies nur als Folge des Prinzips der Akzessorität gekonnt; man hätte dies einfach erreicht, indem man, wie dies im 1. Entwurf der Fall war, die Einrede aus § 770 Abs. 2 mit der Einrede der Vorausklage in einem Paragraphen verbunden hätte, dem § 770 Abs. 1 folgenden Abs. 2 hinzugefügt hätte:

„Die gleiche Befugnis steht dem Bürgen zu, solange sich der Hauptschuldner durch Aufrechnung befreien kann".

Die Lösung wäre eine recht glückliche gewesen, eine große Kontroverse wäre erspart geblieben und der Bürge wäre zu seinem vollen Recht gekommen. Im übrigen ist die Stellung des Bürgen eine recht günstige, er kann den Hauptschuldner oder Gläubiger zwar nicht zu einer Erklärung bringen, ob er von seinem Anfechtungs- oder Aufrechnungsrecht Gebrauch machen will, doch ist er einerseits dadurch geschützt, daß diese Rechte

vor Erklärung keinen Einfluß auf die Forderung ausüben, andererseits kann er aber dem Befriedigung verlangenden Gläubiger die Leistung nach § 770 verweigern, bis sich Anfechtungs- oder Aufrechnungsmöglichkeit entschieden hat. Kann ihm aber aus irgendeinem Grunde diese Einrede nicht gewährt werden, so ist seine Lage auch nicht eine allzu harte, denn bei der Aufrechnung kann er zu seinem Recht kommen, indem er die Gegenforderung beschlagnahmt, während ihm im Falle der Anfechtung in den meisten Fällen eine Einrede aus § 853 schützt. Leider ist bis jetzt in der Literatur eine Einigung noch nicht zustande gekommen, und dies ist um so mehr zu bedauern, als diese Vorschrift nicht für das Bürgschaftsrecht allein gilt, vielmehr analoge Anwendung auch im Hypotheken- und Pfandrecht (§§ 1137 u. 1211) sowie im Gesellschaftsrecht (§ 129 HGB.) findet.

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.